

# AS CRISES INTERCONECTADAS DO ESTADO CONTEMPORÂNEO NA TRANSFORMAÇÃO DEMOCRÁTICA NA PARTICIPAÇÃO CIDADÃ E NOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

---

YURI SCHNEIDER

Advogado. Doutor e Mestre em Direito Público pela UNISINOS (CAPES conceito 6). Professor de Graduação e Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) da UNOESC. Professor da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul. Professor da Escola Superior de Direito Municipal de Porto Alegre/RS. Professor da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

ROGÉRIO GESTA LEAL

Rogério Gesta Leal é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da UNOESC. Professor Visitante da Università Tùlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira.

## Resumo

Este estudo tem como objetivo evidenciar como as crises pelas quais passa o Estado contemporâneo influenciam na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, bem como nos princípios da dignidade da pessoa humana e, principalmente, no princípio da igualdade. Procura-se, assim, demonstrar que os direitos fundamentais podem vir expressos tanto em princípios como em regras constitucionais, e que a igualdade, direito fundamental de primeira dimensão, não pode ser compreendida sob uma ótica puramente formal-subjetiva, própria do liberalismo. Conclui-se, então, que é imprescindível que o Estado deixe sua posição de neutralidade, cuja insuficiência já foi cabalmente constatada, e passe a promover a igualdade material-objetiva.

## Palavras-chave

Crises de Estado; Direitos fundamentais; Democracia princípio da igualdade; Princípio da dignidade da pessoa humana.

## Abstract

The purpose of this article is to show how crises undergone by the contemporary state influence the effectiveness of Fundamental Social Rights, and the principles of human dignity, and especially the principle of equality. With this, hopes to demonstrate that the fundamental rights may come in the form of constitutional principles or rules, and that the equality, as a first dimension fundamental right, cannot be understood by a purely formal subjective logic, inherent to liberalism. The conclusion is that it's necessary that the State abandons a position of neutrality, which has a well proved insufficiency, and start to promote an material-objective equality.

## Key words

Crisis of the state; Fundamental rights; Equality principle.

## 1. Introdução

A constante evolução do conceito de Estado é tema complexo, fundamentalmente em face as constantes modificações do mesmo, pois o Estado contemporâneo passa, ainda hoje, por diversas transformações, refletido pelas denominadas “crises interconectadas”. (STRECK; MORAIS, 2001, p. 130).

A luta pela construção de um Estado comprometido com a realização dos direitos e garantias fundamentais, sobremaneira dos direitos humanos, objetos desta pesquisa, e as barreiras enfrentadas para sua manutenção são desafios constantemente abordados pela teoria crítica do Direito e do Estado.

O Estado contemporâneo passa por um momento marcado por um forte antagonismo: de um lado, constitui-se numa associação política de dominação, onde os governados se encontram sujeitos a uma ordem que confere legitimidade a tal domínio, acrescido o fato de a própria natureza humana inferir ao homem um comportamento voltado à busca do poder sobre todos; do outro lado, encontra-se marcado por princípios que amenizam e buscam minimizar essa dominação, através de institutos aperfeiçoantes do regime democrático, limitadores da expansão do poder do governante ou respectivo detentor do poder.

Tais princípios “democratizantes-liberais” têm a sua origem no momento histórico da própria Revolução Francesa, com o surgimento do Estado de Direito, como forma de limitar a ação do governante diante dos direitos do cidadão. Entretanto, tal limitação não

significou, necessariamente, um avanço da própria democracia enquanto persecução da igualdade formal e material entre todos, na perspectiva dos direitos humanos.

Os debates em torno do remodelamento constante da democracia em busca de formas concretas que privilegiem a participação popular no maior número possível de momentos decisórios da atividade estatal advêm de uma crise de legitimidade por que passa o Estado contemporâneo.

Assim, inúmeros juristas fazem deste assunto alvo de suas inferências, principalmente tendo em vista as perniciosas consequências oriundas desse contexto, pois a perda de legitimidade por parte do poder estatal desconfigura a própria natureza do Estado enquanto persecutor do interesse público, com danos incomensuráveis à própria sociedade.

As transmutações ocorridas no Estado moderno, especialmente nas concepções do Estado absolutista – marcado pelo pensamento de Jean Bodin e Thomas Hobbes –, à superação deste mesmo Estado para o Estado de Direito, marcado pela liberdade dos cidadãos em relação ao Estado e pela igualdade entre esses mesmos cidadãos, em que se encontram como expoentes John Locke e Immanuel Kant – foram efetivadas com o objetivo maior de limitar a ação do poder estatal, reduzindo-o ao mínimo, a fim de obter legitimidade, o que não era mais possível com o Estado absolutista.

Entretanto, há de se afirmar que houve inegáveis avanços em proveito da ordem econômica perquerida pela burguesia crescente, através de instrumentos que possibilitaram liberdade suficiente à necessária acumulação de capital do sistema capitalista. Tal contexto, ressalva-se, não obnubila os avanços do Estado de Direito em relação ao Estado absolutista.

Todavia, o crescimento das demandas sociais fez com que o Estado de Direito, também consignado enquanto um Estado liberal, fosse avolumado em um número de ações e atividades cada vez maiores, a fim de suprir as necessidades da sociedade tanto na área social quanto na econômica.

Da idealização de um Estado mínimo, passou-se a um Estado interventor, voltado à satisfação dos direitos fundamentais de primeira e segunda geração como o fomentador das atividades econômicas. Nesta senda, aduz José Afonso da Silva: (SILVA, 1990, p. 23).

Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar o primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social.

Essa nova configuração estatal, essencial para uma legitimidade somente de um Estado capitalista, é denominada “Estado social de direito”, que teve seu espaço solidificado do final do século XIX até a Segunda Guerra Mundial.

Num sentido de evolução constante do Estado, especialmente pelo fato de o Estado Social poder embasar regimes tanto democráticos quanto ditatoriais, surge o Estado Democrático de Direito, com a pontual característica de atuação do indivíduo-cidadão diretamente na gestão e no controle da administração pública. Mais do que isso, como afere José Luis Bolzan de Moraes, “teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao welfare state neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade”. (STRECK; MORAIS, 2001, p. 130).

Essa configuração estatal tem por base uma ampliação significativa do princípio democrático, numa busca cada vez maior de legitimidade ao poder público, através da aproximação dos processos decisórios da sociedade civil. Todavia, há outras perspectivas quanto ao Estado Democrático de Direito, a exemplo de referida por Lenio Luiz Streck, configurando-o decisivamente pelo deslocamento do poder, que, no Estado de direito, pertencia ao Legislativo (ordenador) e, no Estado social, ao Executivo (fomentador).

No Estado Democrático de Direito vê-se o deslocamento deste poder ao Judiciário, que se revela capaz de efetivar a implementação dos direitos sociais descritos na Carta Constitucional, haja vista “Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”. (STRECK, 2001, p. 93-94).

Não obstante essa dualidade de concepções, vê-se no Estado Democrático de Direito a subsunção dos avanços que acompanham o processo de transmutação do Estado (Estado de Direito e Estado Social de Direito), na busca da igualdade formal e material através de mecanismos, judiciais ou participativos, que possibilitam a efetivação dos direitos sociais.

A persecução dos fins do Estado Democrático de Direito tem de consubstanciar-se na prática, sendo a participação popular um dos caminhos, não excludente de outros (como a via judicial), pois o Estado, como ordem coativa, conforme o modelo Kelseniano, encontra-se em confronto com a sociedade, colocando em xeque a sua própria legitimidade. Até porque o Estado, em inúmeras situações, têm sido incapaz de atender às necessidades básicas da sociedade, inclusive as consubstanciadas nos textos constitucional e infraconstitucional, fato este que se dá, dentre outros, por uma crise estrutural do próprio Estado, bastando a análise dos direitos sociais consagrados no texto constitucional pátrio para obter uma exemplificação maior do referido, pois nessas se incluem as falsas promessas da modernidade ainda não consubstanciadas, como promessas de igualdade, liberdade, paz perpétua e dominação da natureza, surgidas nos primórdios do modernismo no século XV e que perseguem o Estado moderno. (SANTOS, 2000, p. 24).

Essa constatação agrava ainda mais o quadro brasileiro, pois se dispõe de uma Constituição que externa o Estado Democrático de Direito como um princípio constitucional, mesmo sem a anterior concretização do Estado Social, criando um abismo social que deve ser superado a fim de se alcançar a própria efetivação do Estado Democrático de Direito.

## **2. Crises Interconectadas do Estado: Conceitual, Estrutural, Constitucional (Institucional), Funcional e Política**

As crises por que passa o Estado contemporâneo foram objetos de abordagem por vários autores da Teoria do Estado e Ciência Política. No entanto, para os fins propostos nesse estudo, adota-se como base a classificação realizada por José Luis Bolzan de Moraes e Lenio Luiz Streck, na obra “Ciência Política e Teoria Geral do Estado”, bem como outra obra do autor Bolzan de Moraes, a qual seria uma continuação de seus estudos a respeito das crises do Estado em conjunto com a transformação histórica/constitucional dos Direitos Humanos, intitulada “As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos”, na qual se encontram detalhadamente as dificuldades enfrentadas pelos Estados nacionais, especialmente a partir das últimas décadas do século passado quando a crise da economia, e sobretudo as propostas para a sua superação, passam a interferir com vigor no aparelho estatal. (MORAIS, 2002).

Assim, importa iniciar a abordagem sob a ótica da crise conceitual do edifício estatal, o que se faz necessário atentar à ideia de que os conceitos de Estado e de Direito têm sofrido drásticas modificações desde a segunda metade do século XX. (STRECK; MORAIS, 2001, p. 129).

Mais que isso, convém salientar que o contexto de discussão da crise conceitual do Estado está atrelado incondicionalmente a uma das bases do tripé do Estado moderno, o qual seria o tópico da soberania, visto esta ser o foco da crise abordada e, como foco em todo o mundo no seio do pensamento teórico, da esquerda à direita neoconservadora, a crise de um entendimento de soberania do Estado permanece sendo um grande desafio a ser enfrentado na recente virada do século, principalmente tocante à promoção e proteção dos direitos humanos.

Tem-se, assim, a clara ideia de que as crises do Estado mantêm suas raízes não somente em crises de natureza econômica ou financeira, senão porque se trata de uma crise de identidade estatal, o que torna fácil a explicação da existência desta crise latente no Estado contemporâneo, principalmente de seu conceito, quando se tem presente na realidade atual a transformação de tempo e do espaço em uma velocidade estrondosa. Isto porque as informações contemporâneas, utilizando a novíssima tecnologia, rompem as fronteiras estatais, deixando clara a ideia de Octavio Ianni, para quem não existe mais “sociedades nacionais”, e sim a “sociedade global”. (IANNI, 2003, p.35).

Falar de soberania, tratada pela primeira vez em “Les Six Livres de la Republique” (1576), com Jean Bodin que mais tarde, caracterizando-se historicamente como um poder juridicamente incontestável é, conforme o pensamento de Morais, falar de um saudosismo pela falta dos vínculos que circunscrevem esta soberania. (BOLZAN, 2002, p. 26). Pois, em verdade, o lato debate acerca da modernidade, como síntese histórica primaz das correções das injustiças sociais, remontando-nos a apontar o que afirmou Ernildo Stein, quando citou os dizeres de Jürgen Habermas ao colocar que a modernidade é um projeto inacabado. (STEIN, 2001, p.11).

De fato, faz-se necessário o equacionamento crítico da soberania nacional (*summa potestas*), diante das vertiginosas mudanças culturais, tecnológicas, sociológicas, enfim, mudanças fronteiriças veladas, ou seja, pelas quais o sujeito cognoscente diante do desterritorializante processo de globalização e regionalização.

Desta forma, para compreender o processo de crise soberana, deve-se atentar a esta caracterização do atual contexto da modernidade. Nesta senda, mostra-se interessante o entendimento de Zygmunt Bauman, para quem, a modernidade é “leve” e “líquida”, e não mais uma modernidade “pesada” e “sólida”, pois a leveza e a “fluidez” são associadas à mobilidade e à inconstância. (BAUMAN, 2001, p. 9-15).

Assim, a modernidade não foi fluida desde sua construção, mas acontece, sim, como um fenômeno contemporâneo, apontada na frase “*derreter os sólidos*”, existente no Manifesto Comunista. Para Bauman, porém, tal expressão não trazia o desejo de eliminá-los e construir um novo cenário sem sólidos, mas sim para “limpar a área para novos e aperfeiçoados sólidos; para substituir o conjunto herdado de sólidos deficientes e defeituosos por outro conjunto, aperfeiçoado e preferivelmente perfeito, e por isso, não mais alterável”.

O “derretimento dos sólidos” apresentou uma nova roupagem no atual contexto da modernidade, um sentido de nova formação de metas. Hoje, os “sólidos” de Bauman são os “padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro”.

E o debate que se coloca sobre a crise conceitual do Estado, mais precisamente quanto à ideia de soberania, no cenário da globalização e dos processos de integração, passa a ser exatamente os mesmos apontados nestas metáforas de Zygmunt Bauman, pois em se tratando da discussão da ideia de soberania estatal e reflexos das transformações de um Estado moderno, a comparação dos aspectos da modernidade com a realidade no Brasil resulta no pensamento de Streck, quando este aponta que no Brasil a modernidade é “tardia e arcaica”, pois há um “simulacro de modernidade”, ou seja, as promessas de modernidade ainda não foram realizadas, razão pela qual o a solução seria, para o autor, o retorno paradoxal ao Estado (neo)liberal.

Não obstante, a ideia de soberania, ao lado de povo e território, representou um dos alicerces tradicionais da formatação do Estado Moderno. No entanto, as noções de desterr-

ritorialização e reterritorialização, ínsitas ao fenômeno da globalização atual, redefinem os conceitos de soberania nacional, em especial quanto ao seu conteúdo. Assim, a soberania, como poder supremo, tornou-se elemento essencial do Estado Moderno, inicialmente através da supremacia da monarquia com o rei sendo o detentor de vontade incontrastada diante de outros “poderes” da época, tais como a nobreza e senhores feudais. Ou seja, o poder era absoluto e perpétuo, pois não sofria qualquer limitação inclusive quanto à sua duração, submetendo-se apenas às leis divinas e naturais. Em um segundo momento, através de Rousseau, a soberania sai das mãos do rei e passa ao povo, que consubstancia a sua vontade geral no contrato originário do Estado e dá um caráter racional a este poder soberano. No decorrer do século XIX ela se desenvolve para uma ideia de emanção do poder político e, posteriormente, passa à titularidade ao Estado.

Portanto, nas palavras de Morais, a soberania é, historicamente, um poder juridicamente incontestável, através do qual é possível definir e decidir acerca do teor e da aplicação das normas, notoriamente pela coercitividade das mesmas em um dado território. (MORAIS, 2001, p. 130). Essa definição expressa as dimensões da soberania adquirida/construída pelo Estado moderno, ou seja, há uma soberania interna e uma externa.

A globalização e, posteriormente, o modelo neoliberal, com suas profundas transformações, não só econômicas, mas também no âmbito social e político, apresentam uma nova e inusitada realidade aos Estados nacionais, pois a descomunal força adquirida pelos conglomerados empresariais transnacionais e a formação das chamadas comunidades regionais (União Europeia, Nafta e Mercosul, por exemplo) teve papel fundamental na relativização da soberania estatal, porquanto o Estado vai continuamente perdendo a sua condição de centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional e ator supremo no âmbito do espaço territorial. (MORAIS, 2002, p. 28).

É claro que o processo de globalização não foi montado todo de uma só vez, mas é certo que o processo acirrou-se a partir do contexto do segundo pós-guerra. A partir de então, nesse momento de reconstrução do mundo, percebe-se uma forte tendência à internacionalização do capital, desenhada pela busca de espaços mais amplos e desregulamentados.

Assim, após despir-se de algumas de suas prerrogativas econômicas, políticas, culturais e sociais, o Estado é redefinido, debilitando-se. Por isso o mesmo esvai-se e acaba perdendo o seu escudo da soberania estatal. Por isso, não podemos nos atrelar à ideia de que o Estado possa desaparecer. Existe sim, uma nova noção de sua dimensão, por seus elementos constitutivos não mais servirem para tal função.

Os paradigmas “povo, território e soberania”, principalmente o último, devem ser revisitados, todavia, atentando para os reflexos negativos ao caráter social em um esfacela-

mento dos Estados nacionais, da cultura, da economia, da política e da personalidade. É claro que, com outras bases de apoio e não aquelas que, como comentado anteriormente, traz-nos saudosismo, mormente falando do conceito de Soberania. Daí porque a dita crise conceitual, que atinge indistintamente os Estados nacionais, com maior ou menor intensidade, pois estes já não conseguem dar conta da complexidade das estruturas institucionais que hoje se fazem necessárias. Assim, despontam as demais crises do Estado, quais sejam a estrutural, constitucional (institucional), funcional e política.

Em relação à crise estrutural do Estado, pode-se afirmar que o foco principal do debate gira em torno das críticas feitas à manutenção do Estado do Bem-Estar Social. Esse perfil estatal foi construído ao longo de anos de lutas sociais com intento de aperfeiçoar a regulação social, ou seja, incorporando na ideia de Estado o trato da regulação para a convencionalmente chamada questão social, até então não aplicado de forma efetiva no Estado liberal de Direito. Em razão dessas reivindicações o Estado vai agregar um sentido finalístico, adquirindo uma função social e transformando-se em Estado Social ou *Welfare State*, obrigando-se a uma atuação interventiva-promocional, ou seja, passa do Estado Mínimo àquele garantidor do bem-estar do cidadão.

Todavia, é importante frisar que, em um primeiro momento a mudança de transformação da atuação do Estado, deixando o mesmo de ser mínimo, beneficia outros segmentos da sociedade que não somente as classes trabalhadoras, mas também apontou para outras circunstâncias como investimentos em estruturas básicas no processo produtivo industrial. (MORAIS, 2002, p. 35).

Já como outra circunstância, e não menos importante, ressalta-se a transformação no sentido de que, a democratização dos movimentos sociais refletiu na abertura de outros caminhos onde ficou estabelecido o crescimento das demandas por parte da sociedade civil. Vindo este aspecto ser, uma das principais problemáticas do próprio Estado de Bem-Estar, vindo a confrontarem-se, pelo crescimento da atividade estatal, democracia e burocracia.

A essência do Estado Social está calcada na ideia de intervenção porque a população tem direito a ser protegida, e independente de sua situação social ao indivíduo devem ser garantidos tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, sendo-lhe assegurados não como caridade, mas como direitos políticos, o que vai exatamente à ideia de Moraes, no momento em que aponta o *Welfare State* como o Estado em que o cidadão, qualquer que seja sua situação social, possui direito a ser protegido, por mecanismos públicos estatais. (MORAIS, 2002, p. 37-38).

A constitucionalização desse modelo estatal começa a ser construído com as Constituições Mexicana, em 1917, e a de Weimar, em 1919. Embora não uniformes, haja vista vincular-se intrinsecamente a uma conjuntura econômica específica, o Estado Social



apresenta características que lhe dão unidade: a intervenção do Estado, a promoção de prestações públicas e o caráter finalístico no sentido de cumprimento de sua função social. E é neste momento que surge a questão: pode se dizer que tais direitos mínimos estariam esgotando a matéria de uma chamada inclusão social?

Assim, o Estado de Bem-estar social estaria visando proteger o cidadão através de mecanismos contra ocorrências de curta ou longa duração, estando ligado diretamente a noção da efetivação dos Direitos Sociais Fundamentais visto estes terem como base a questão da igualdade.

Essa constante intervenção estatal com intuito social promoveu a democratização das relações sociais, o que vai desaguar na formulação de um Estado Democrático de Direito, que pode ser resumido como o aprofundamento do Estado de Direito e do *Welfare State*, pois, a par da questão social, agrega-se ou qualifica-se pela busca da *igualdade*. O conteúdo deste modelo representa um *plus* ao Estado Social, pois impõe a ordem jurídica e a ação estatal um conteúdo utópico de transformação do *status quo*.

Esse modelo de Estado, para sua institucionalização, seja como aprofundamento do liberalismo, seja como sua negação caracterizou-se por crises, avanços e recuos, marchas e contramarchas. Contemporaneamente, seus maiores opositores encontram-se entre os denominados neoliberais, pois preconizam abertamente o fim do Estado de Bem-Estar em face da alegada incompatibilidade funcional à era da globalização econômica.

O declínio dessa formulação estatal de bem-estar social foi permeado por outras crises, como aduz Bolzan de Moraes, citando Pierre Rosanvalon, as quais seriam, uma crise fiscal, uma crise ideológica e uma crise filosófica. (MORAIS, 2002, p. 39.).

Inserida na crise estrutural, a *crise fiscal-financeira*, que para alguns está por trás de todas as críticas e revisões ao Estado Social, aparece já na década de 60, quando surgem os primeiros sinais de desequilíbrio entre receitas e despesas públicas. No início dos anos 70, a crise do petróleo, que redundará numa crise econômica mundial, levará a um acréscimo das despesas públicas e, ao mesmo tempo – e também como consequência dessa desestruturação econômica – a impossibilidade de um aumento da carga tributária em virtude das tensões sociais que caracterizaram esse período histórico. Isso resultará, como inescapável corolário, no crescimento do déficit público, haja vista que as demandas sociais aumentam em razão da recessão econômica mundial e, por outro lado, há a diminuição da arrecadação fiscal. Esses fatos – recessão econômica, debilidade pública e demandas sociais – foram grandes incentivadores para o avanço das ideias neoliberais do “enxugamento” do Estado.

Ao final do século passado, a crise do *Welfare State* alcança os países centrais que se defrontam com demandas sociais há muito superadas, especialmente o desemprego. Nestes (os países centrais) e nos periféricos, as situações transitórias de dependência estatal,

razão pela qual aquele modelo se impôs, se tornaram permanentes ou de longa duração. Por consequência, as políticas públicas para remediar essas necessidades sociais se transformaram, obrigatoriamente, em programas recorrentes de governo. Essa ampliação e duradoura despesa pública vai resultar em sucessivos déficits públicos, deixando muitas economias em verdadeiro estado “falimentar”. As alternativas – de imediato encampadas pelo projeto neoliberal – situam-se ou no aumento da carga tributária ou na redução das despesas públicas ou, ainda, as duas concomitantemente. Essa terceira possibilidade é o que, paulatinamente, vem sendo aplicada, com o aval de instituições financeiras multilaterais, em diversas economias nacionais e, conseqüentemente, fulminando a continuidade do modelo estatal do Bem-Estar Social. Isso, sem falar, é claro, da presença das novas tecnologias que transformaram o cenário de trabalho em filas enormes de desemprego e exclusão social.

A crise ideológica também ser denominada de crise de legitimação, haja vista que se estabelece em torno da capacidade de organização e gestão dessa forma estatal. Com efeito, a partir dos anos 80 ocorre o embate entre a democratização do acesso ao espaço público da política, pois há o aumento de *locus* de participação política, o que impulsiona as demandas sociais, e, por outro lado, a burocratização para formular respostas a estas pretensões, ou seja, a política cede lugar à decisão tecnoburocrática. Saliente-se que não raras vezes a demanda política se vê frustrada pelo caráter técnico da solução apresentada. E, não podendo esquecer as palavras de Norberto Bobbio a esse respeito, “enquanto a democracia tem uma trajetória ascendente, a burocracia faz o percurso inverso, ou seja, descendente”. (BOBBIO, 2000. p. 171).

Trata-se, por isso mesmo, de um processo peculiar de expansão jurídica, e até certo ponto revelador do grau de desarticulação organizacional do próprio Estado. É a crise generalizada do Estado brasileiro do ponto de vista de sua legitimidade, de sua capacidade funcional e de sua competência técnica — crise essa que se traduz pela sua flagrante incapacidade de exercer, de modo minimamente congruente, seus papéis de provedor de serviços básicos, promotor de novas relações sociais, planejador de atividades econômicas, produtor de bens estratégicos, prestador de serviços essenciais e executor de políticas sociais e programas de ajuste macroeconômicos.

No tocante à questão filosófica pode-se dizer, acompanhando Bolzan de Moraes que, como conseqüência dos anteriores, essa crise atinge o fundamento básico do Estado Social, qual seja: a solidariedade. A incapacidade do Estado de Bem-Estar Social em formular um protótipo antropológico que lhe desse sustentação, sobretudo dispondo sobre agentes dotados da compreensão coletiva, compartilhada e compromissada de ser-estar no mundo. O que se deu, na verdade, foi a transformação do indivíduo liberal em cliente da administração, com a apropriação privada da poupança pública e distribuição clientelista das soluções estatais e dos serviços públicos.

É inevitável que todas as crises anteriores se reflitam no Direito, principalmente no instrumento da modernidade onde se estabeleceram os conteúdos políticos definidos pela sociedade como a organização do poder político e o asseguramento das liberdades – a Constituição.

Na atual conjuntura de crise estrutural do Estado, com o mesmo esgotado em seus aspectos financeiro, ideológico e filosófico, acreditamos que o Direito deva responder, de um lugar afastado do Estado, estes clamores de uma sociedade que não tem esperanças de ver atendidas as políticas de inclusão social. Todavia, deve-se, para isso, atentar que esse mesmo Direito deve ser visto, como Streck já referia, como instrumento de transformação social, pois esta é a ótica do modelo de Estado Democrático de Direito previsto em nossa Constituição, o que não ocorre por haver uma desfuncionalidade do próprio Direito das instituições que são responsáveis por aplicar a lei. (STRECK, 2001, p. 33).

Seguindo esse pensamento é que nos deparamos com a chamada crise *constitucional* ou *institucional*, principalmente porque a Constituição, sendo um documento jurídico-político, e estando sujeita às tensões sociais e ao jogo dos poderes, não pode se transformar em local de explicitação de programas de governo ao sabor dos influxos econômicos, sob pena de fragilizá-la como paradigma ético/jurídico da sociedade e do poder, conforme bem aduz Bolzan de Moraes. (BOLZAN, 2002, p. 47).

Todavia, é importante referir, antes de expormos os aspectos desta crise constitucional, a presença latente de uma crise de uma legislação pátria como um todo, principalmente em se falando da legislação social, pois, como identifica Streck, “é importante observar, no meio de tudo isso, que, em nosso país, há até mesmo uma crise de legalidade, uma vez que nem sequer esta é cumprida, bastando, para tanto, ver a inefetividade dos dispositivos da Constituição”. (STRECK, 2001, p. 27).

Tal crise de legalidade pode ser constatada quando se tem que, à sociedade, o Estado, diante da crescente inefetividade dessa legislação social, vem reagindo por meio da edição de sucessivas normas de comportamento, normas de organização e normas programáticas que, inter cruzando-se continuamente, produzem vários sistemas legais.

O que se apresenta com isso, é uma profunda mudança em nosso ordenamento jurídico, que tem como característica a ideia de um direito fechado, hierárquico e axiomatizado, substituindo por um direito organizado em suas regras sob formas inter-relacionadas com estas múltiplas cadeias normativas, que entende-se consigam capturar, pragmaticamente, a complexidade da realidade sócio-econômica.

E esse sistema normativo emergente cresce e se consolida a partir de uma tensa e intrincada pluralidade de pretensões materiais. A clássica distinção entre interesses privados comuns e coletivos, por exemplo, não é mais capaz de ocultar que, muitas vezes, a tutela legal de alguns é conflitante com a proteção de outros, mormente em se falando em políticas de inclusão social.

Com o crescimento deste modelo tem-se o aumento incessante de novas regras e matérias regulamentadoras, onde se constata o esvaziamento da função das leis e uma grande ampliação das obrigações deste rol legal, sendo repassado para a magistratura, para que essa possa livremente apresentar a argumentação e fundamentação de suas sentenças, onde ter-se-á, por óbvio a possibilidade de decisões divergentes entre si. E, além disso, temos presente a desvalorização da Constituição em preferência a estas (novas) legislações.

Por isso, num sistema jurídico formado de maneira viciada por leis de circunstância e regulamentos momentâneos de necessidade - condicionados por conjunturas específicas e transitórias -, a velocidade e a intensidade na produção de normas constitucionais, leis ordinárias, portarias, instruções normativas e decretos leva o Estado a perder a dimensão exata do valor jurídico tanto das regras quanto dos atos que disciplina.

Ao provocar a desvalorização do instrumental normativo que o Estado tem ao seu dispor, o tipo de legislação descrita nos dois últimos parágrafos tem sido um dos principais fatores responsáveis tanto pelo agravamento das tensões entre a estrutura do processo de negociações coletivas e o conflito distributivo aguçado pela crise econômica, quanto pelo crescente grau de inefetividade do poder de regulação, direção e intervenção do Estado nessa matéria.

No primeiro caso, essas tensões são apresentadas pelo fato de que, apesar dos esforços para ver suas demandas consagradas como direitos e convertidas em obrigações do Estado, os sindicatos, os movimentos comunitários, as entidades representativas, as associações religiosas e as corporações muitas vezes vêem suas conquistas formalmente consagradas em textos legais não atendidos, ou seja, esvaziadas por um sistema jurídico que, de tanto ter ampliado seu número de normas torna-se pesado, ineficaz e impotente.

E, num segundo aspecto, quanto mais procura disciplinar e regular todos os espaços, dimensões e temporalidade do sistema econômico, convertendo numa complexa rede regulatória e de pequenos sistemas normativos esse ordenamento jurídico viciado (em termos de quantidade de regras e da variabilidade de suas formas) e dotado de um formalismo meramente de fachada (graças ao crescente recurso do legislador aos conceitos jurídicos indeterminados, às normas programáticas e às cláusulas gerais), menos o Estado parece capaz de expandir seu raio de ação e de mobilizar os instrumentos de que formalmente dispõe para exigir respeito a suas ordens.

Por isso que, nesse contexto, uma discussão que se impõe é a viabilidade de uma Constituição Dirigente, conforme cunhou Canotilho, em sua obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”. (CANOTILHO, 1998).

Conforme o mestre lusitano, nesse tipo de Constituição o legislador ordinário já não é mais totalmente soberano em matéria de direito social e econômico, devendo suas decisões guiar-se por princípios e diretrizes programáticas definidas pelo poder constituinte,

os quais podem ter caráter negativo, mas principalmente positivo, pois estão voltados à consecução de determinadas metas e objetivos materiais. Os governos também ficam vinculados, sob pena de serem acionados judicialmente em face da inconstitucionalidade por omissão. Há, portanto, não uma intervenção estatal temporária ou excepcional, mas sim uma regulação permanente, tornando-se uma obrigação constitucional aos dirigentes do Poder Executivo. (FARIA, 2002, p.34).

Com a emergência do fenômeno da globalização neoliberal, há uma relativização da soberania do Estado em virtude da interpenetração das estruturas empresariais, a interconexão dos sistemas financeiros e a formação dos grandes blocos comerciais regionais. Estes se convertem em verdadeiros centros de poder, o que muitas vezes condiciona as ações estatais. Nesse sentido, adverte Faria que “o sistema político deixa de ser o *locus* natural de organização da sociedade por ela própria” e, “em vez de uma ordem soberanamente *produzida*, o que se passa a ter é uma ordem crescentemente *recebida* dos agentes econômicos”. (2002, p. 35).

Por outro lado, não se pode olvidar que, mesmo no contexto da globalização atual, existe a supremacia constitucional, a força normativa da Constituição e a necessidade de uma Constituição vinculante e programática. Por isso que, finalizando o aspecto da crise constitucional ou institucional, decorrente da crise estrutural do Estado, urge a necessidade de uma racionalidade legal nova e capaz de dar conta do componente corporativista que vai caracterizando seu processo decisório; uma racionalidade forjada a partir da consciência, tanto dos legisladores quanto dos próprios líderes empresariais e trabalhistas, de que as formas de relações sociais condicionadas pela interconexão entre as grandes organizações exigem do Estado uma série de papéis originais de intermediação, que somente podem ser exercidas com a colaboração delas. Portanto, uma racionalidade responsável por uma legislação mais pragmática, apta a renunciar à regulação exaustiva dos processos sociais, voltando-se menos à consecução dos resultados concretos e mais à coordenação das diferentes formas de legalidade forjadas e desenvolvidas no interior dos vários subsistemas sociais.

Há que se repensar doutrinariamente o direito positivo a partir de paradigmas originais e sensíveis tanto à tendência das organizações à autonomia e à independência, na proporção direta de sua capacidade de mobilização, confronto e barganha, quanto à emergência dos novos institutos jurídicos especialmente voltados aos setores sociais marginalizados — aqueles que não têm condições de se integrar no processo de modernização econômica. (CAMPILONGO, 1994, p. 47).

Esse novo tipo de racionalidade jurídica e essa nova forma de se repensar o direito justificam, no Brasil contemporâneo, em face da já mencionada ruptura da tradicional concepção piramidal do nosso sistema jurídico — um sistema que, tradicionalmente, tem sido apresentado como uma totalidade coerente, como uma ordem unitária que exclui a

contradição e a descontinuidade, como um conjunto de normas hierarquizadas e solidárias, vinculadas por meio de relações lógicas e necessárias.

Daí a necessidade de se repensar não apenas o papel dos operadores do direito em seus diferentes níveis, mas o da própria organização judicial e da respectiva cultura técnico-profissional de seu corpo de magistrado, o que implica na necessidade de se tratar com profundidade o desafio da reordenação institucional do país, a fim de se evitar que, em nome da restauração da governabilidade, seja sutilmente promovida a desmontagem de importantes direitos sociais duramente conquistados pelas minorias segregadas após décadas de luta.

Com a mudança do pensamento sobre a aplicação da Constituição, da legislação infraconstitucional, e do Direito como um todo, poder-se-á vislumbrar outras condições de possibilidade para a efetivação das políticas de inclusão social, onde com haverá com isso uma transformação do imaginário social.

Outras duas crises também se apresentam como corolário das primeiras – a crise funcional e a crise política. A funcional representa, conforme Bolzan de Moraes, a perda da exclusividade, apresentada na multiplicidade dos *loci* de poder, cria com isso um afastamento de centralidade e exclusividade do Estado. (MORAIS, 2002, p. 50).

E essa perda de centralidade não pode ser analisada somente por um viés interno (separação/harmonia das funções estatais), mas também, e muito importante nesse ponto, a sua análise externa, onde tem-se a invasão de um dos setores da estrutura tripartite, pelo outro, quando se tem, por exemplo, atividades do legislativo sendo efetuadas pelo executivo, como no caso das Medidas Provisórias, bem como quando o Estado perde a concorrência para outros setores. Isso nos traz a ideia de uma fragilização de um poder perante o outro.

Já em se tratando da crise política, salientar-se que o modelo de democracia representativa, como alternativa possível em uma sociedade transformada historicamente, deixa claro um aspecto de impotência para dirimir as questões sociais. A democracia representativa apresenta-se como uma fórmula de *pseudo* ditadura, onde durante quatro anos, a candidato representante de seus eleitores atua da forma que bem entende sem haver a possibilidade de manifestação de seus próprios votantes, ou seja, com tal modelo se expressa um enfraquecimento do espaço público na política, conduzindo o cidadão a um processo de “apatia política diante da percepção da total desnecessidade mesmo dos próprios instrumentos de escolha dos representantes – as eleições”. (2002, p.50).

Para isso, acompanhamos a ideia de Bolzan de Moraes, no que se refere à utilização de fórmulas da chamada democracia participativa, como alternativas possíveis de inserção dos cidadãos novamente no cenário político, ultrapassando os esquemas que caracterizam a democracia representativa, onde o controle público é diminuído. (2002, p.50).

Aliás, não seria incorreto referir que esta seria a realidade de um sistema político estigmatizado por um profundo déficit de representatividade, gerado pela perversão da proporcionalidade na representação parlamentar no Congresso e pela incapacidade dos partidos de promoverem agregações de interesses; de um sistema econômico conhecido pela sua ineficiência na formulação, implementação e execução de políticas públicas; de um sistema social caracterizado por crescentes déficits de integração, uma vez que a pauperização de amplos contingentes populacionais, o desemprego e a inflação comprometem os padrões de coesão vigentes; e de um sistema cultural marcado por um déficit de motivação, revelado pelo descrédito com relação às instituições, pela descrença com relação a certos valores éticos e pela apatia.

Finalizando, entende-se que estas crises interconectadas do Estado, podem ser consideradas o pano de fundo na fundamentação para o déficit crescente da inefetividade das políticas de inclusão social, haja vista, primeiro, a falta de sustentação no edifício estatal concretizado na questão da soberania e sua relativização (crise conceitual), segundo, a problemática estrutural do Estado, em se tratando das crises do Welfare State, como as crises fiscal, ideológica e filosófica, bem como do modelo que emerge como uma transformação da fórmula Estado de Direito/Welfare State, o qual seria o Estado Democrático de Direito, as quais apresentam uma perda de terreno para as ideias neoliberais de Estado mínimo, e, em um terceiro momento uma crise institucional (constitucional), onde vislumbramos de maneira exacerbada uma desconstitucionalização, o desrespeito a Carta Maior, com a inefetividade dos direitos fundamentais, mormente se falando, o que é o cerne desta pesquisa, a inefetividade do princípio constitucional da igualdade em seu aspecto material.

### **3. Direitos Sociais Fundamentais (?). A Dificuldade da Transformação Democrática e da Participação Cidadã nos Direitos Humanos Fundamentais Sociais, para a Eficácia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**

Após a análise dos argumentos sobre o Estado e suas crises interconectadas, interessante seria agora expor sobre assunto que está ligado indissociavelmente da crise estrutural do Estado, assim como a crise constitucional, não afastando a interconexão existente destas duas com as crises conceitual, funcional e política, como abordado anteriormente.

Trata-se de abordagem sobre a Democracia e a efetivação desta para a concretização dos Direitos Sociais previstos na Constituição Federal, inseridos na ordem dos direitos fundamentais e que são dispositivos consecutórios para a efetivação daqueles mencionados anteriormente, os quais seriam os princípios da dignidade da pessoa humana e do princípio constitucional da igualdade. Todavia, há quem diga que tais direitos não possam ser considerados como direitos fundamentais, pois não restariam elencados como direitos auto-aplicáveis, visto os mesmos dependerem da ação política do governo, não tendo

inclusive, instrumentos processuais constitucionais que possam obrigar sua aplicação no âmbito social.

Para começar esse novo e importante tópico é importante afirmar o que, de certa forma, já se comentou anteriormente, mas de maneira superficial. A democracia assenta-se sobre as mesmas premissas de distribuição do poder.

Conforme Leonardo Avritzer, a introdução da problemática das práticas cotidianas nos leva a entender a democracia enquanto uma prática que é transformada pelas mudanças estruturais da modernidade. Tanto a democracia quanto a cidadania passam a ser consideradas enquanto rupturas com formas de poder privado incompatíveis com a relações impessoais introduzidas no Estado moderno. Elas são parte do *trade-off* no qual a introdução de restrições no nível do trabalho e das práticas administrativas são compensados pelo estabelecimento de limitações à ação dos agentes econômicos e administrativos. (AVRITZER, 1996, p. 139).

É completamente aceitável que passamos atualmente por momento de grande crise econômica, política, social e conceitual. O que nos é claro é que nenhum espaço parece escapar ileso a essas modificações que tornam a própria linguagem um campo limitado e, sem medo de errar, esgotável em suas fontes de reordenação. Os efeitos desse momento de transformação e ruptura são tão marcantes, justamente por estes aspectos.

Não é diferente no espaço político. Nota-se um fracionamento em sua engenharia e em toda sua amplitude, pois que ele está envolvido pela quebra dos antigos paradigmas que, durante todo o século que se passou, alcançaram o seu fizeram-no sentir o seu apogeu. A democracia é figura que também está envolvida nestes elementos que o formam e que sofrem essa crise.

Mas o simples fato de se constatar a presença do signo da crise não significa, necessariamente, um resultado negativo. Nesse sentido, a crise é aqui percebida como um instrumento que estimula a transformação, pois que nela há a presença de uma potência de significado positivo, pois que obriga aos institutos do vasto campo social, a desenvolver uma eterna capacidade de se transformar. É, assim, com a democracia, principalmente a partir da década de 80, do século XX, invadindo os dias atuais.

A democracia vivenciou, desde ao final dos anos 80, como exemplo privilegiado do espaço político, os incontestáveis louros da vitória. Das ditaduras militares da América Latina, até aos regimes socialistas da Europa Oriental, pôde-se perceber o triunfo de sua doutrinação.

Entretanto, chegando-se a uma criação de um paradoxo ao apogeu que foi por ela alcançado, quase que instantaneamente, iniciou-se o influxo de uma crise que tem exaurido a sua capacidade de resposta.



A vitória que a democracia alcançou a partir do momento em que o espaço socialista se fragmentou, é o resultado deste paradoxo, pois com o fim desse sistema político, o discurso democrático, obrigado a se confrontar consigo mesmo, acabou por se perder em suas próprias contradições e limitações.

Assim, a democracia vive com intensidade a mesma dificuldade que o Estado e os seus poderes, que a soberania e que a cidadania estão a atravessar.

Levada a teste como forma política que pode constituir alguma alternativa para superar a crise atual, ela não tem conseguido explicar-se enquanto solução uniforme e perceptível, o que vem criando um certo sentimento de estagnação e descrédito tanto aos setores da administração, quanto ao universo do senso comum.

Se junta a esse cenário de dificuldades, os efeitos do instituto da globalização, que ao mesmo tempo em que oferece saídas para a crise sentida pela democracia (bem como para o conjunto do campo político), aprofunda novas dificuldades que desafiam o projeto democrático, e, com tal intensidade são essas dificuldades, que para muitos, obriga esse projeto a uma redefinição e reafirmação constantes.

Ao se referir ao conceito de democracia deve-se partir de uma premissa fundamental: enquanto signo do campo político o seu sentido é multiforme e contestável.

É multiforme porque, enquanto sinal político, pertence a todos os ideários sociais, isto é, a democracia sofre todas as influências dos conflitos, das contradições e das significações que os sujeitos sociais vão crescendo a ela ao longo de sua trajetória.

Efeito dessa intensa inter-relação com os sujeitos sociais têm sido o fato de que, a democracia, não raro, alcançou variadas definições, muitas, contraditórias entre si. Desse modo, conjugada com outros tantos conceitos do campo político, que lhe emprestam distintas significações, a democracia vem praticando um difícil exercício em se adequar aos diferentes usos que dela são exigidos, a ponto de ter esgotado essa tradicional elasticidade conceitual, resultando, com isso, na pasteurização da sua própria natureza.

A democracia, portanto, ao longo de sua trajetória, foi mesclada com diferentes tradições: com o republicanismo, com o liberalismo, com o socialismo, com o elitismo etc. De um poder do povo, enquanto representante da “velha” *polis*, foi conduzida para ser a forma política definitiva da nação.

De direito do cidadão, foi carregada para ser exercício de cidadania nos modernos Estados capitalistas, até confundir-se e violentar-se, finalmente, com a noção desagregadora de mercado econômico.

Nesse último estágio, ela acabou servindo para legitimar um discurso crítico à política de desigualdade fruto do capital, e que acabou por assentar os sonhos de toda uma geração revolucionária.

Ao longo do século XX e neste início de século XXI, a democracia se viu, ainda, reduzida a mera estratégia de marketing político, no discurso partidário que, demagogicamente propalando-a como objetivo último, buscava, na verdade, alcançar o máximo exercício do poder político através do voto, da eleição, enfim, da conquista do aparelho estatal.

Agora, na abertura do novo milênio, onde a crise é a marca de todo o campo político, a democracia é confrontada com a extra-territorialização do capital, que na sua forma virtual, impõe uma nova noção de tempo e de espaço.

Ficou demonstrado alhures que o processo de globalização efetivamente é o catalisador de um sem-número de mudanças no arranjo estatal que a muito custo puderam ser resumidas nos comentários anteriores.

O fato de haver diversos subprodutos da globalização não se pode eximir de perceber que, desde o início, a estrutura do princípio da soberania nacional encontra sérias dificuldades de conviver com as dinâmicas de mercado que, por característica própria, não conhece os mesmos limites das fronteiras jurídicas.

O dilema principal do Estado contemporâneo é que as exigências da ação social e as estratégias de desenvolvimento entrecrocavam-se com tendência à desagregação que essas mesmas estratégias determinam.

A dificuldade do Estado para resolver as questões sociais se dá, entre outras coisas, porque ele trabalha diante dessa estrutura social que se caracteriza por fortes desigualdades socioeconômicas e diferenças étnico-culturais importantes que estabelecem prioridades fracionadas e horizontes temporais diversificados.

É evidente que a globalização, em múltiplas frentes, é perversamente assimétrica, classificando os Estados em duas categorias diferentes e opostas: os beneficiados pelas consequências da globalização e aqueles a margem dela. Esse último e mais numeroso grupo tenta normalmente diminuir sua tardança, implantando políticas sociais formuladas em função de regras de eficiência econômica descomprometidas com a coesão social – a transferências da prestação de serviços públicos para particulares através de concessões e permissões e os mecanismos estatais de seguridade social são muitas das vezes os primeiros a serem modificados em benefício de seguros individuais –, mas o certo é que há certa arritmia entre a urgência das necessidades do mercado e o vagar das decisões governamentais.

Assim sendo, o momento dessa economia virtual, muito mais rápido, oblitera o padrão tempo tradicional, pois que subverte o presente, reduzindo-o a um simples toque de uma tecla de computador. Ao mesmo tempo, o espaço não é mais o da fronteira territorial, mas é o do globo, passando por cima das diferenças culturais, o que dá a esse capital a possibilidade de impor seus interesses além dos interesses pragmáticos da nação, e consequentemente, da democracia.

Os institutos democráticos herdados do Estado liberal não se mostram suficientes para absorver essa miríade de elementos culturais diversos.

Por isso Bobbio já mencionava (BOBBIO, 1997, p. 94)

“[...] os interesses contrapostos são múltiplos, donde não é possível satisfazer um deles sem ofender um outro, numa cadeia sem fim. Que o interesse das partes singulares deva estar subordinado ao interesse coletivo é uma fórmula, com efeito, privada de um conteúdo preciso. Geralmente, o único interesse comum a que obedecem aos vários componentes de um governo democrático, de um governo em que os partidos singulares devem prestar contas aos próprios eleitores das opções feitas, é o de satisfazer os interesses que produzem maiores consensos e são sempre interesses parciais”.

A sociedade, dessa forma, acaba se desconectando da produção normativa centrada no Estado produtor do direito. A esfera política tem pouca, e por vezes não tem capacidade de estabelecer funções vinculantes a outros subsistemas que obedecem a outros códigos.

O deslocamento da capacidade decisória dos Estados nacionais, no passado ligada ao poder soberano, altera profundamente todo o sistema de fontes legais, inclusive com risco de enfraquecimento da autoridade sociopolítica das constituições nacionais.

A inadequação da conduta política expõe a dispersão do espaço social, no qual o Estado como vértice da pirâmide social encontra-se limitado na definição da ação do conjunto. É perigosamente evidente que tanto quanto essas novas fontes desorganizadas de poder conseguir tergiversar as leis e Constituições, maiores oportunidades serão abertas para novas formas de absolutismos.

Aqui, seria importante abordar os valores e pressupostos teóricos em que se baseia a tradição liberal-democrática e sua influência para a conformação de um modelo institucional hegemônico nas sociedades que partilham dessa cultura ética. Até mesmo porque, é esse modelo de democracia que está até hoje, mesmo que veladamente, dominando, encrostado, no cenário político-social, ou seja, uma tradição liberal com uma roupagem neoliberal.

Defende-se que há de ser definitivamente afastada a ideia de que o Estado atual seja reduzido a representar, unicamente, um aparato a serviço do Governo. O Estado, através da Administração Pública é instrumento do governo que esteja governando naquele momento, mas também instrumento da sociedade.

A vida da Estado deve ser considerada como produto do contemporâneo desenvolvimento de várias tendências, correspondentes a exigências reais da sociedade; exigência de quadro organizacional resultante da integração de Administração e governo, capaz de

produzir atividades com o empenho e a presteza que a realidade atual exige dos Poderes Públicos. Há uma exigência no sentido de que os processos de decisão em curso na esfera administrativa tenham em conta os direitos e as aspirações dos cidadãos isolados, associados e de toda a sociedade.

A satisfação dos interesses e necessidades vitais é mediatizada pela máquina administrativa, razão pela qual um meio apropriado aos cidadãos para lutarem por tais interesses é a sua atuação sobre o funcionamento desta máquina.

Na esfera administrativa, o consenso entre Administração pública, cidadãos e sociedade civil - ou ao menos as decisões administrativas previamente negociadas - resultam do exercício do direito de participação na Administração Pública.

Mais do que uma tendência do Estado contemporâneo, a participação administrativa é uma realidade inafastável, e deve ser entronizada no corpo administrativo do Estado.

No entanto, para serem considerados mecanismos cooperativos úteis, tudo o que for discutido ou configurar resultado do emprego de instrumentos participativos (*v.g.* audiências pública, consultas públicas, referendos administrativos, coletas de informação, entre outros) deve ser devidamente considerado pelo órgão ou autoridade decididora, previamente à emissão do provimento administrativo.

Assim, a concordância ou aderência dos cidadãos aos provimentos emitidos pelos centros decisórios administrativos será uma consequência da maior legitimidade dessa decisão, pois seus pleitos, opiniões e sugestões foram ao menos apreciados. Isso acarretará *maior eficácia e efetividade das decisões administrativas*, sendo o caso de defender-se hodiernamente a *legitimidade pela participação*, inclusive como meio de obter-se maior *eficiência* no desempenho da função administrativa e maior *justiça* da decisão administrativa para concretização dos Direitos Fundamentais Sociais.

Parece estreme de dúvidas que a estruturação e a consolidação de um Estado Democrático, com a observância generalizada do direito à participação nas decisões estatais, representa um inestimável reforço para que o Estado possa desincumbir-se daquela que é a maior de todas as suas atribuições no mundo contemporâneo: a de responsável primário pela efetivação dos direitos fundamentais.

Diferentes formas de argumentação se apresentam para sustentar a inconsistência dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais, vale dizer, afirmados universalmente e consagrados no sistema jurídico nacional. Apesar disso, todas partem do pressuposto de que os direitos fundamentais sociais não são reconhecidos como verdadeiros direitos. E, uma das formas mais comuns de se negar efetividade aos direitos sociais, é retirar-lhes a característica de direitos fundamentais, ficando aqueles, assim, privados de aplicabilidade imediata, excluídos da garantia das cláusulas pétreas, tornando-se meras pautas programáticas.

Baseia-se nestes argumentos, a doutrina jurídica atual, pelo nosso entendimento, para justificar modelos políticos sociais que se antepõe à ideia central do Estado Democrático de Direito, que afirma ser a observância dos direitos sociais uma exigência ética, não sujeita a negociações políticas. (CAMPILONGO, 1995, p.135).

Por isso, não há dúvida de que os direitos sociais são uma forma de manifestação dos valores humanos da liberdade, igualdade e da dignidade da pessoa humana. Mesmo sabendo disso, é interessante desconstruir alguns argumentos que vão contra a idéia de que os direitos sociais devam ser considerados direitos humanos fundamentais. Aliás, várias são as questões que se colocam atualmente ao se tratar de direitos sociais, como direitos não elencados no rol dos “fundamentais”.

Para alguns autores, existe então um processo de multiplicação de novos direitos que conduzem a questionamentos a respeito da adequação desses direitos à característica “fundamental”, ou seja, questiona-se se todos esses direitos são direitos fundamentais. Sob um outro enfoque, poder-se-ia falar que há um pensamento de desvalorização da noção de direitos fundamentais, isto é, ao se afirmar que todos esses direitos são direitos fundamentais, elevando à mesma categoria a liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX da CF), o direito de proteção em face da automação (art. 7º, XXVII da CF) e o direito ao lazer (art. 6º, caput da CF), haveria uma propagação descabida da própria noção de direitos fundamentais. A partir dessas ideias, caberia, inclusive, distinções entre direitos mais fundamentais e direitos menos fundamentais. Afetados por essas tendências, há aqueles que, no intuito de conferir um critério para identificar os direitos fundamentais, acabam por afirmar que direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pela Constituição como tal, reduzindo a noção de direitos fundamentais a um mero critério formal. (MARTÍN-RETORTILL, 1988, p. 65).

Acaba que esses direitos, evidenciam-se rebaixados na norma constitucional, por uma hierarquia equivocada, onde os mesmos ficam reduzidos a simples normas programáticas a espera de regulamentação para surtirem efeitos. E o ponto crucial do argumento que não inclui na categoria dos direitos humanos (fundamentais) os direitos sociais, refere-se a sua universalidade. A teoria e a prática, seja elas políticas e/ou legislativas, contestam essa universalidade, separando os direitos sociais dos direitos civis e políticos, estes sim, entendidos sem discussão como fundamentais.

Mas ao analisar a atual conjuntura, nem neste aspecto os direitos fundamentais sociais têm sido observados na realidade brasileira. Na sua grande maioria, eles ainda continuam esperando regulamentação, por isso mesmo, considerado pelos doutrinadores e até mesmo juízes, como não obrigatórios de cumprimento. Ou seja, o detalhamento social dos direitos sociais passa a servir como mera decoração ao arranjo político que termina por preservar as desigualdades sociais que a própria constituição pretende corrigir. Assim,

pode-se afirmar que a crítica ao caráter meramente formal das liberdades acabou por servir de fundamento político-jurídico para a instituição destes direitos.

A rejeição política da obrigatoriedade dos direitos sociais pode ser baseada em argumentos teóricos e políticos, o que aqui passamos a expor aqueles que entendemos serem os mais utilizados pelos doutrinadores que vislumbram os direitos sociais longe da ideia de aplicabilidade como direitos humanos fundamentais. Num primeiro momento teríamos uma questão no âmbito do conflito dos direitos, ou seja, em um conflito entre os ditos direitos sociais e os já considerados fundamentais direitos civis e políticos. Basicamente esta questão apoia-se no fato de que, se os direitos sociais fossem considerados humanos/fundamentais estariam colidindo com os direitos constitutivos do núcleo do Estado liberal, ou seja, as liberdades individuais e a propriedade. (KRELL, 2002, p.47).

Quando falamos em direitos humanos fundamentais, incluído nestes os direitos sociais, não podemos deixar de analisar as transformações e tendências de efetividade em nosso cenário que é afetado em seu cunho social por um constante processo de globalização calcada no neoliberalismo.

Luiz Roberto Barroso sustenta que, nesta linha de argumentação muitas das normas constitucionais sobre direitos sociais, por não possuírem um mínimo de condições para a sua efetivação, acabam servindo como álibi para criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade. (BARROSO, 2006, p.61).

Um dos grandes desafios seria o rompimento/desconstrução destas ideias equivocadas sobre a natureza dos direitos sociais, visto as mesmas estarem diuturnamente influenciando no processo judicial, onde a grande parte da magistratura brasileira interpreta a constituição baseado no formalismo jurídico positivista, pensamento este predominante na formação dos profissionais do direito de nosso país.

Neste sentido, entendemos que o Direito haveria que ultrapassar as feições de um ordenamento lógico-racional, de cunho liberal-individualista, assumindo estampas de um sistema diferenciado, não somente regulando as relações particulares, mas, também, solucionando conflitos de natureza social. Mas, infelizmente, a grande maioria dos juristas pátrios, com seus posicionamentos teóricos de matriz liberal-individualista-normativista, de caráter excessivamente dogmatizante, não têm mostrado alternativas (nem mesmo interesse) na construção do denominado Estado Democrático de Direito, mostrando assim a sua efetividade na concretização dos direitos sociais fundamentais.

É por isso que, sobre tal aspecto, acompanhamos o pensamento de Jorge Miranda que, pelo simples fato destas normas integrarem texto constitucional, devem ser consideradas na interpretação das outras normas, podendo inclusive contribuir para o preenchimento de possíveis lacunas através de procedimentos de integração como a analogia. (MIRANDA, 1992, p. 250).

Entretanto, mais do que isso, e nesse aspecto seguimos o pensamento de Flávia Piovezan, para quem: (PIOVEZAN, 2002).

Os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais. Integram não apenas a Declaração Universal, como ainda inúmeros outros tratados internacionais (ex: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres). [...] Compartilha-se assim da noção de que os direitos fundamentais - sejam civis e políticos, sejam sociais, econômicos e culturais - são acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância..

Neste ponto, alguns argumentos político se demonstram equivocados a respeito dos direitos humanos e sociais, pois guarnecem-se no fato de que os direitos sociais encontram-se no estágio de sua justificativa e fundamentação recebendo, por isso, impedimentos quanto a sua implementação no Estado Democrático de Direito.

Por fim, trazemos à baila outro argumento utilizado equivocadamente e que tem o intuito de afastar os direitos sociais do rol dos direitos humanos fundamentais, seria a alegação de um elevado custo orçamentário que aqueles direitos despenderiam para o Estado. E, mais uma vez aqui, apoiando-se na teoria da “reserva do possível”, é um argumento que tem como raízes o pensamento neoliberal contemporâneo. Esta teoria, arraigada em uma ilusória racionalidade que a caracteriza como limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais, ignora em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais, e não somente aos direitos sociais.

Já como primeiro contraponto a este argumento estaria no fato de que, aqueles que defendem este ponto de vista, não atentarem para o alto custo que o edifício estatal tem como necessário para garantir os direitos civis e políticos. Ou seja, a escassez de recursos como argumento para a não aplicação dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais, afetaria tanto os direitos civis e políticos, exaltados pelo Estado Liberal de Direito, como os direitos sociais; tal argumento ameaça a existência de todos os direitos. É como se no sistema jurídico só fosse possível dirimir solução em igualdade absoluta esquecendo as desigualdades sociais.

Uma Constituição, enquanto fórmula política simbolizadora do pacto social, deve possuir um comprometimento com a realização e garantia dos direitos fundamentais, sejam os de primeira geração como os direitos e liberdades individuais, sejam os de segunda geração como os direitos sociais e econômicos e de terceira geração, os chamados direitos transindividuais, e mesmo os de quarta geração, tema ainda novo em nosso ordenamento.

Em verdade, existe neste mascarado Estado Liberal ativo, uma intervenção no domínio econômico que não cumpre em nenhum momento, papel socializante, muito pelo

contrário, razão pela qual entendemos que se os direitos sociais forem considerados, em sua fundamentação (mas também em sua consagração constitucional), sob um paradigma diferente daquele encontrado na teoria liberal do Direito e do Estado, talvez, somente aí, a superação desse impasse no pensamento social contemporâneo poderá ser realizada.

Indubitavelmente, o Estado Democrático de Direito serve para sustentar esta fundamentação, através da democracia, implementado por indivíduos racionais, no exercício da cidadania participativa.

Veja-se que os direitos humanos se situam, em virtude de suas características morais, acima da organização estatal, deitando suas raízes, em última instância, na consciência ética coletiva. Tem-se que, os direitos sociais possuem as mesmas características de obrigatoriedade dos direitos humanos. A demonstração dessas características dos direitos sociais, como direitos humanos, pode ser elaborada em função da atribuição de qualidades que têm a ver com a dignidade humana.

Nesta senda é que surge a importância de abordar a noção da dificuldade de estabelecimento e asseguramento dos direitos humanos neste processo de globalização de cunho prioritariamente econômico-financeiro.

Se se for analisar os reflexos nos direitos humanos e também na democracia no âmbito da economia globalizada, e case se questione qual a possibilidade de futuro positivo para aqueles, com certeza, pelo caminho que se está trilhando, as respostas serão cétricas.

Com o fenômeno da globalização, no entanto, conforme já se viu, os poderes legislativo, executivo e judiciário são funcionalmente esvaziados ou relativizados. Por isso, as três gerações de direitos humanos (os relativos à cidadania civil e política, os relativos à cidadania social e econômica, e os relativos à cidadania “pós-material” (direito à qualidade de vida, a um meio ambiente saudável, à tutela dos interesses difusos e ao reconhecimento da diferença, da singularidade e da subjetividade, etc.), acabam enfrentando problemas para serem efetivadas.

A exclusão socioeconômica gera reflexos graves na universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. O alcance universal dos direitos humanos é mitigado pelo largo exército de excluídos, que se tornam supérfluos em face do paradigma econômico vigente, vivendo mais no “Estado da natureza” que propriamente no Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, o caráter indivisível desses direitos é também mitigado pelo esvaziamento dos direitos sociais fundamentais, especialmente em virtude da tendência de flexibilização de direitos sociais básicos, que integram o conteúdo de direitos humanos fundamentais. A garantia dos direitos sociais básicos (como o direito ao trabalho, à saúde e à educação), que integram o conteúdo dos direitos humanos, tem sido apontada como um



entreve ao funcionamento do mercado e um obstáculo à livre circulação do capital e à competitividade internacional.

Ou seja, urge a necessidade da ruptura com um modelo (neo)liberal-individualista, sustentáculo da globalização econômica, que visa a instalação definitiva de um modelo Estado mínimo, mencionado anteriormente, para que as camadas da população menos favorecidas, vítimas de uma sociedade caracterizada pela desigualdade social, vítimas de uma posição conservadora de Estado, de Direito e mesmo de Sociedade, alcancem a igualdade, fazendo valer os preceitos fundamentais constitucionais.

#### 4. Conclusões

Os direitos sociais, econômicos e culturais constituem, junto com as liberdades civis e políticas, o acesso a essa dimensão maior da liberdade. Além dos valores da igualdade e da liberdade, os direitos sociais encontram fundamento ético na exigência de justiça, na medida em que são essenciais para a promoção da dignidade da pessoa humana e indispensáveis para a consolidação do Estado Democrático de Direito, pelo qual se pretende assegurar a inclusão social, o que pressupõe participação popular e exercício dos direitos da cidadania, onde esta estabelece um vínculo jurídico entre o cidadão e o Estado.

No Estado Democrático de Direito este vínculo é mais abrangente, pois o cidadão é aquele que goza e detém direitos civis (liberdades individuais) e políticos (participação política), mas também direitos sociais em tempo de vulnerabilidade.

A sociedade preocupa-se que o indivíduo sobreviva dignamente, mostrando que somente um cidadão poderá ser responsável quando a comunidade política tiver demonstrado de maneira hialina que reconhece este mesmo indivíduo como membro desta sociedade, garantindo seus direitos sociais humanos/fundamentais básicos.

Tentamos demonstrar neste trabalho que a elaboração de referenciais aptos a uma mudança de paradigma de Direito e de noção de Estado é fundamental, superando-se as posições mais conservadoras, que impedem um desvelamento dos conceitos de Estado e do Direito, que não mais condizem com as necessidades da coletividade, da cidadania, modo que os operadores jurídicos passem a utilizar a Constituição Federal e o Direito como instrumento de efetivação das garantias e direitos fundamentais, inclusive os sociais com base nos princípios da igualdade material e dignidade da pessoa humana presentes em nossa Constituição, carta maior de um Estado considerado Democrático de Direito.

#### 5. Referências

AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia. Ensaios em Teoria habermasiana e Teoria democrática*. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996, p. 139.

- BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1986.
- \_\_\_\_\_. *O futuro da democracia*. 7. ed. rev. e ampl. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- CAMPILONGO, Celso. *Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico*. In Direito Humanos, Direitos Sociais e Justiça, José Eduardo Faria org., São Paulo, Malheiros, 1994.
- \_\_\_\_\_. *O trabalhador e o direito à saúde: a eficácia dos direitos sociais e o discurso neoliberal*, em Direito, Cidadania e Justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria sociológica e filosofia jurídica. Coordenação Beatriz di Giorgi, Celso Fernandes Campilongo e Flávia Piovezan, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. Ed. 3. Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MARTÍN-RETORTILL, Lorenzo. *Regimen constitucional de los derechos fundamentales. In Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, Civitas, 1988.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. vol. IV, 3ª ed. Coimbra. Coimbra Editora, 2000.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As Crises do Estado e Da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- \_\_\_\_\_. *De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização, em Direitos Fundamentais Sociais. Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado* / Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SCAFF, Fernando F. *A responsabilidade do Estado intervencionista*. S. Paulo: Saraiva, 1990.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 27.

STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos, em Teoria dos Direitos Fundamentais* / Organizador Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro, RENOVAR, 1999.